

Regulation of economic competition Derecho de la competencia económica

Luis Patricio Ríos Muñoz (Chile)¹
luispriosm@gmail.com.

Recibido 19.10.2019

Aceptado: 16.12.2019

Abstract

The term “Competence” is a transversal concept, applicable to all law and its meaning must come from the Economics Sciences. The present work consists of a synthetic and systematic exposition of what we have called the Regulation of Economic Competition, a subject within which free competition and unfair competition will be treated together, which in Chile have been taught and regulated separately, which has generated a series of practical difficulties in its application. Therefore, we propose its unitary treatment, because we consider that both free competition and unfair competition are in reality two facets of the same legal phenomenon, which has to fulfill four specific functions: 1) facilitate the entry to the market of new competitors; 2) protect economic competition and protect it from the unfair practices of its agents; 3) **promote the efficiency of competing economic agents; and 4) obtain the welfare of consumers in this way.**

Keywords: economic competition, free competition, unfair competition, wellness economic competition, protection principle of economic competition, economic public order.

Resumen

El término “Competencia” es un concepto transversal aplicable a todo el derecho, y su significado proviene de incumbencia, aptitud, idoneidad, o atribución legítima. Sin embargo, al referirnos al derecho económico, el significado de “competencia” a utilizar no es el que corresponde al derecho en la acepción indicada, sino a la economía. Por eso, nuestro primer acercamiento al tema debe ser necesariamente conceptual. El presente trabajo consiste en una exposición sintética y sistemática de lo que hemos dado en llamar el Derecho de la Competencia Económica, tema dentro del cual se tratarán conjuntamente la libre competencia y la competencia desleal, que en Chile se vienen enseñando y regulando por separado, lo que ha generado una serie de dificultades prácticas en su aplicación. Por ello, proponemos su tratamiento unitario, pues consideramos que tanto libre competencia como competencia desleal son en realidad dos facetas de un mismo fenómeno jurídico, que ha de cumplir cuatro concretas funciones: 1) facilitar la entrada al mercado a nuevos competidores; 2) tutelar la competencia económica y protegerla de las prácticas desleales de sus agentes; 3) fomentar la eficiencia de los agentes económicos competidores; y 4) obtener de esta manera el bienestar de los consumidores.

Palabras clave: competencia económica, libre competencia, competencia desleal, sana competencia económica, principio protectorio de la competencia económica, orden público económico.

¹ Magíster© en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina); Doctorando en Derecho por la misma Universidad; Becario por la Fundación Serra Domínguez para el I Curso de Profundización en Derecho Procesal dictado en conjunto por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España); Premio (VIII versión) Instituto Vasco de Derecho Procesal; Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat, Iquique (Chile); Abogado encargado del Área de Litigios Civiles en Iligaray y Cía. Ltda., Iquique (Chile). Correo: luispriosm@gmail.com. Sitio web <http://luispatricio-riosmunoz.webnode.cl>.

Introducción al tema y precisión terminológica

Por años, el derecho procesal se ha arrogado el uso exclusivo del término “competencia”, cuando en realidad, se trata de un concepto transversal, aplicable a todo el derecho, y su significado proviene de incumbencia, aptitud, idoneidad, o atribución legítima. Al referirnos al derecho económico, debemos precisar aún más el significado de “competencia” a utilizar, que no es el que corresponde al derecho en la acepción indicada, sino a la economía. Por eso, nuestro primer acercamiento al tema debe ser necesariamente conceptual.

El origen del vocablo proviene del latín, y refiere a la idea de competir, esto es, contienda entre dos o más partes sobre algo. De esta forma, la tercera acepción que entrega el Diccionario de la RAE, es el de *situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*. Por ello, para la Economía, la competencia es una situación patrimonial en la cual los agentes económicos tienen la libertad de ofrecer bienes y servicios aptos en el mercado, y de elegir a quién compran o adquieren estos bienes y servicios, lo que se traduce en una situación en la cual, para un bien determinado existe una pluralidad de oferentes y pluralidad de demandantes. Para Contreras, existirá competencia cuando varios agentes en el mercado persigan un mismo objeto codiciable y luchen por conseguirlo (Contreras, 2012, p. 21).

En derecho económico en Chile, se suelen tratar por separado la “libre competencia” y la “competencia desleal”, método que consideramos erróneo, pues se trata de dos aspectos de un único tema, cuya comprensión y enseñanza se vería enriquecida con una mirada única sobre el tema. Al respecto, Víctor Frankl decía que frente a la estatua de la libertad debía construirse una estatua de la responsabilidad, pues no puede haber libertad sin responsabilidad, y que sus extremos son la esclavitud y el libertinaje. *Mutatis mutandi*, es lo mismo que ocurre en materia de competencia económica, sus dos extremos son la libre competencia y la competencia desleal. La primera obliga a los participantes en el mercado a competir, y la segunda pone límites a esa competencia, impidiendo que se desarrolle en forma excesiva o agresiva.

Se trata pues, de dos caras de la misma moneda, en que la tensión entre ambos extremos es más bien aparente, una buena regulación de la competencia desleal tenderá a aumentar la calidad de la competencia y, por ende, a hacerla más libre (Menchaca, 2014, p. 221). En efecto, libre competencia en jurídicamente hablando equivale a igualdad jurídica de los competidores, esto es, una competencia justa, la que se logra evitando los abusos de posiciones dominantes o de prácticas de competencia desleal.

El problema aquí entonces, no es que las materias entren en tensión o se contrapongan una a la otra, sino la técnica legislativa utilizada, pues para que se proteja la competencia económica en sus dos extremos, es necesario contar con una regulación armónica, unificada, como la que muestra la Unión Europea en la materia, y no una que se da de tropezones como lo que ocurre con las normas sobre libre competencia y competencia desleal, las que además se tropiezan con otros cuerpos normativos que regulan la Propiedad Industrial, la publicidad engañosa (protección al consumidor), etc.

Por ello, hemos preferido tratar este tema como el “derecho de la competencia económica”, aun cuando la mayoría de los textos se refiere al mismo como “derecho de la libre competencia” o “a la libre competencia”, porque esta última expresión es el fin al que aspira el mercado y no representa adecuadamente el contenido que veremos en donde el Estado interviene y regula los mercados para propender a que se llegue a tal fin. Por eso, competencia económica, que engloba tanto la libre competencia como la competencia desleal.

Breve reseña histórica del derecho de la competencia económica

Hemos seguido aquí a Miranda y Gutiérrez, a Hermosilla Zúñiga, y los apuntes del Centro de Libre Competencia de la Universidad Católica de Chile (Miranda y Gutiérrez, 2007, pp. 215 y ss.; Centro de Libre Competencia, s/d). El origen es común tanto para “libre competencia” como para “competencia desleal”, pues según expresamos, estamos en presencia de un único fenómeno de estudio: la competencia económica.

Existe consenso en la mayoría de la doctrina al fijar el origen de las políticas de competencia económica en la Edad Media, específicamente, en la época en que los gremios y corporaciones perdieron la exclusividad en la realización de los actos de comercio y sus privilegios para la producción de determinados bienes, si bien autores como Edgard Coke afirman que existiría evidencia de la prohibición de monopolios ya en el Derecho Romano. En tanto, Witker refiere al año 1623, como el año de la primera Ley de Monopolios del Reino Unido, bajo el reinado de Jaime I.

Ahora bien, la sistematización de normas antimonopólicas surgen en Estados Unidos de Norteamérica, a finales del siglo XIX, época en la que dicho país alcanzó rápidamente el estatus de líder industrial mundial, siendo la industria de ferrocarriles la primera en sufrir la competencia de precios bajos, por lo que se crearon los *Corporate Trust* o conglomerados empresariales, que más tarde pasarían a llamarse *Holdings* (pero el nombre primitivo quedó como sinónimo de monopolización de actividad económica).

Por ello, ya en 1888, era por todos sabido que los *Trust* eran un intolerable mal, por lo que se fomentaron proyectos nacionales antimonopolios. Para 1889, el Senador John Sherman de Ohio introdujo su proyecto conocido como *Ley Sherman*, que fue aprobado al año siguiente por el Congreso estadounidense. Aquella ley buscaba proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios. Eran los tiempos en que los empresarios norteamericanos celebraban acuerdos económicos (*corporate trusts*) y cárteles de precios (*pooling arrangements*), que les permitían fijar precios y dividirse el mercado entre ellos. Aunque cierto sector de la doctrina opina que en realidad la *Ley Sherman* fue impulsada por el empresariado no para promover la libre competencia, sino para proteger a dicho empresariado de nuevos competidores que ingresaban agresivamente en el mercado y lograban expandirse rápidamente gracias a dichas técnicas.

Por ello, dado el significado de *pool*, que es pozo como sinónimo de monto, en el sentido que el acuerdo entre proveedores o distribuidores significaba repartirse el “pozo” entre ellos, la denominación de monopolio no implica “una polis o ciudad” sino “un único destinatario del pozo”, es decir, de las ganancias.

En la Unión Europea, a diferencia de Estados Unidos, el desarrollo del Derecho de la Competencia Económica comenzó recién el 25 de marzo de 1957, fecha en que se suscribió el Tratado de Roma (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea). La eliminación de las fronteras comerciales en Europa, significó elaborar un sistema de protección de una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, consagrando como principio el fomento de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

A partir de la década de los 90', América Latina comienza a promover la libre competencia en sus mercados, debido a la apertura económica que se empieza a desarrollar en la zona, si bien en algunos países ya existían normas sobre la materia (en Argentina desde 1919, México desde 1934, Chile y Colombia desde 1959, y Brasil desde 1962).

En cuanto a Chile, debemos decir que, luego de pasar por una estabilidad institucional, entrando en los cincuenta, se aceleró la inflación, aumentando el desbarajuste de la balanza de pagos, que a su vez, generó la oportunidad de abrir un espacio para la intervención extranjera. En ese escenario, en 1957, una misión similar a la Kemerer de los años treinta, la Misión Klein-Saks, tras realizar un análisis del panorama nacional, recomendó una política de precios libres, condicionada a la toma de medidas tendientes a evitar que algunas empresas públicas y privadas pudiesen controlar la fijación de éstos. El resultado de esta recomendación, fue la promulgación de la Ley 13.305 de 1959, la primera Ley de defensa de la competencia, en el gobierno del Presidente Alessandri, cuya influencia directa fue la *Ley Sherman* de Estados Unidos. Los artículos 172, 173, 174 y 181 de esta primera ley en la materia, definían el monopolio como un conjunto de conductas atentatorias a la libre competencia, con lo cual la figura ganaría su mala fama y reputación, pues dicha definición pasó a integrar el artículo 2 del DL 211. Este es el texto

legal que creó la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas, antecesoras del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Llegados los años 70', y tras el arribo a Chile de los "*Chicago Boys*", economistas chilenos que realizan sus estudios de posgrado en la Universidad de Chicago, y que traen el modelo y estructura económicas de dicha escuela, surge un nuevo modelo económico chileno. Estos economistas advierten que la normativa del 59' era insuficiente para una economía de mercado de tipo abierta al comercio internacional como la que estaban implementando en el país. Así, desde 1973 en adelante, se implementan una serie de reformas institucionales, entre las que cabe destacar la eliminación de restricciones a los aranceles, el desarme del sistema de los precios administrados, y el robustecimiento de mecanismos de defensa de la competencia, asumiendo de esta manera el Estado un rol esencialmente regulador. Surge así la nueva ley de defensa de la competencia económica: el Decreto Ley 211 de 1973, que sería modificado en 1980 por el Decreto Ley 511, los que fueron conocidos, difundidos y enseñados en Chile como "*Ley Antimonopolios*". Tuvimos que esperar el nuevo siglo para el cambio de institucionalidad y de mentalidad sobre el tema, del que hablaremos en el acápite siguiente.

El Principio protector de la Competencia Económica en Chile.

Como pudimos ver en la breve evolución histórica, existen razones orientadas a un bien común para sostener la defensa de la Competencia Económica y elevarla a nivel constitucional de Principio protector, porque es la base sobre la que descansa la economía social de mercado, aquella que es propia de un Estado subsidiario. En países como Chile, el reconocimiento de este Principio protector en la Constitución toma la denominación de *Orden Público Económico*.

Se trata este último, de un concepto omnicomprensivo de todas aquellas materias que dicen relación con el Derecho Económico, entre las que se encuentra la Competencia Económica. Debido a su amplitud, su concepto deriva también en una ambigüedad igual de amplia, no pudiendo ponerse de acuerdo la doctrina al respecto, encontrando conceptos funcionales y materiales.

Pereira Fredes nos explica que el concepto de Orden Público Económico es una formulación contingente que se proyecta en una ordenación ideológica, por lo tanto, varía según la conformación del gobierno y su ideología de configuración de sociedad (Pereira, 2007, p. 170). En tanto, Yrarrázaval sostiene que ha sido Cea Egaña quien mejor ha podido definirlo, como *conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución* (Yrarrázaval, 2018, p. 28).

El vínculo entre el Principio Protector de la Competencia Económica y el Orden Público Económico se desprende, según Ruiz-Tagle, de los beneficios que busca alcanzar el sistema económico elegido, los cuales no pueden ser alcanzados sin respetar una "sana competencia económica", esto es, en la medida que los actores que participan en el conjunto de interrelaciones económicas efectivamente compitan entre ellos en un plano de igualdad de condiciones en los mercados. Las conductas que atentan contra esta "sana competencia económica", atentan contra la sociedad toda, razón por la cual estamos en presencia de un principio sumamente relevante del Estado (Ruiz-Tagle, 2018, p. 216).

En lo que respecta a la competencia económica, lo que protege más allá de la libre competencia, es el intercambio de productos y servicios que se realiza tanto en el plano nacional como en el internacional, en el mercado, donde surge naturalmente el juego de oferta y demanda (es decir, la competencia económica). Al decir de un jurista argentino, cuando la economía es auténticamente libre no debería haber confrontaciones permanentes entre el interés de los productores con el de los consumidores, y cualquier sistema basado en capitalismo buscaría el equilibrio y la armonía social, evitando conflictos colectivos, evitando que se produzcan distorsiones, excesos y abusos marginalmente en el mercado, mediante instrumentos legales

que sancionen conductas distorsivas de competencia o abuso de posición dominante (Cassagne, 2016, p. 314).

La función del Estado variará cuando el mercado se regule por el Estado, por tratarse en tal caso de un monopolio (proveniente del Estado), será un mercado imperfecto con privilegios de exclusividad, destinado a satisfacer aquellas necesidades básicas de los gobernados. Esta política regulatoria debe necesariamente inclinar las prestaciones hacia una competencia más efectiva. Mientras en un mercado regulado, los precios o tarifas las fija el Estado, en un libre mercado, los precios no están sujetos a control.

Bien jurídico protegido

Volvemos aquí al problema que nos planteamos respecto de la terminología correcta a aplicar: “libre competencia”, “competencia desleal” o “competencia económica”. Al respecto, Zavala y Morales sostienen que el bien jurídico protegido sería, en principio, la libre competencia, entendida como aquello contrario al monopolio (Morales y Zavala, 2013, p. 148). Para Ruiz-Tagle en tanto, la noción de libre competencia es negativa, en el sentido que suele estar definida como aquella que se verifica cuando no existen prácticas desleales como el monopolio, monopsonio, oligopolio, etc. (Ruiz-Tagle, 2018, p. 212).

La norma positiva en tanto, señala que el objetivo de ésta es promover la libre competencia con el fin de obtener una asignación eficiente de recursos y el bienestar de los consumidores. Ello, según Hermosilla, tiene una explicación histórica, pues ya que la normativa proviene de la influencia de los *Chicago boys*, lo que tienen en mente al legislar este ordenamiento es el criterio de la eficiencia promovido por la Escuela de Chicago, cuyo modelo económico implica el libre juego de oferta y demanda, que será el que determinará el nivel de precios, recibiendo así la sociedad el máximo beneficio (Hermosilla, 2018, p. 29).

En tanto, cuando se trata de competencia desleal, la finalidad de la normativa es la protección de los competidores, consumidores, y en general, de cualquier afectado en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal. En palabras de Menchaca, teóricamente no debiera existir conflicto entre las normas, sino complementación entre ambas, pues la competencia puede verse afectada ya por un excesivo ejercicio de la libertad de competir (competencia desleal), como por la colusión de ciertos proveedores que toman la decisión de no competir o competir menos (colusión contra la libre competencia) (Menchaca, 2014, p. 222).

Si bien las normas legales a analizar primeramente se refieren solo a “libre competencia” o a “competencia desleal”, en realidad lo que se quiere proteger es una “sana competencia económica”, en el entendido que en determinados escenarios de mercado es posible que no pueda darse una competencia libre de conductas desleales, por la existencia de un monopolio no abusivo o controlado. De esta manera, el prefijo “sana” apunta a que se trata de actividades económicas libres de conductas atentatorias, que resulta ser más gráfica y descriptiva que el prefijo “libre” y el sufijo “desleal”. Se trata pues, como anunciamos en el acápite terminológico, de un mismo fenómeno concurrencial que regula o protege la competencia económica “sana”.

Los agentes protagonistas

En Chile, la institucionalización actual data del año 2003, con la dictación de la Ley 19.911, que alteró sustancialmente el sistema implementado por la *Ley Antimonopolios* (DL 211), despenalizando las infracciones a la libre competencia, y creando un órgano jurisdiccional especializado: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que sustituyó las antiguas Comisiones Preventivas (Central y Regionales) y a la Comisión Resolutiva establecidas por el antiguo régimen, con lo cual se estableció un modelo judicial bifurcado: por un lado el nuevo organismo jurisdiccional ya mencionado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC); y por el otro, un ente fiscalizador que se conservó del antiguo DL 211, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE).

Así, contamos con una Fiscalía Nacional Económica que es una agencia administrativa que investiga y presenta casos ante el órgano jurisdiccional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin perjuicio de la posibilidad de que los particulares puedan demandar directamente el incumplimiento de la normativa ante el TDLC, lo que Agüero denomina *enforcement privado*. El modelo anterior, también bifurcado, no era judicial, sino administrativo, pues la FNE denunciaba ante la Comisión Preventiva y/o Resolutiva, que se reunía cuando la situación lo ameritaba, a diferencia del modelo del Tribunal que funciona permanentemente.

El TDLC posee competencia, con amplias facultades, para conocer todo tipo de conducta que pudiera constituir infracción a esta ley, ya sea que inicie su conocimiento por denuncia de los afectados o de la FNE, pudiendo establecer condiciones a cumplirse en determinadas circunstancias, dictar instrucciones generales para asegurar la mantención de una libre competencia; y sugerir a las autoridades la derogación, modificación o modernización de preceptos legales y reglamentarios para permitir, fomentar o regular la libre competencia. Específicamente, el TDLC puede: 1º) conocer y resolver a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, situaciones que pudieran generar infracciones a la ley, función que le correspondía a la Comisión Resolutiva desde 1959; 2º) conocer y resolver a solicitud del Fiscal Nacional Económico o de quien tenga interés (legítimo), los asuntos no contenciosos que puedan infringir la ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos; 3º) dictar las instrucciones y resoluciones de efectos generales, conforme a la ley, a solicitud de cualquiera que tenga interés legítimo o de la FNE o de oficio, se trata de una potestad normativa de los criterios que emanan de la sentencia o dictamen de un caso concreto, razón por la cual se equipara en dicha virtud al sistema del *precedente*; 4º) proponer, por intermedio del Ministerio que corresponda, al Presidente de la República, la dictación, modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios que sean necesarios para fomentar la competencia económica (dictación) o que sean contrarios a la libre competencia (modificación o derogación), o regular la realización de actividades económicas que se desarrollen en condiciones no competitivas; 5º) substanciar el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando hubieren sido prohibidas por la FNE; 6º) dictar los auto acordados que sean necesarios para su funcionamiento, y las demás que señalen las leyes.

A pesar de ser independiente, el TDLC se relaciona con el resto del Estado a través de la Corte Suprema. Se encuentra compuesto por cinco miembros profesionales interdisciplinarios, entre abogados y licenciados en ciencias económicas. Sus miembros tienen el rango de ministros, y como tales reciben el tratamiento de “señoría”. Dirige a este equipo un ministro abogado, el cual es nombrado tras la formación de una quina (cinco postulantes) por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes, de entre los cuales el Presidente de la República elige al ministro presidente. El postulante elegido debe contar con diez años de ejercicio profesional y una destacada trayectoria profesional o académica en el área. El resto de ministros se organizan y distribuyen de la siguiente forma: dos de ellos son abogados y los otros dos son licenciados en ciencias económicas o con posgrados en dicha materia; todos estos profesionales universitarios han de ser expertos en libre competencia. Son designados por concurso público de antecedentes efectuado por el Consejo del Banco Central, y nombrados por el Presidente de la República, en forma alternada, esto es, un abogado y un profesional de las ciencias económicas son designados por el Consejo del Banco Central; y el abogado y profesional restantes son designados por el Presidente de la República de una terna propuesta por el mismo Banco Central. Cada uno de ellos durará seis años en su cargo. El quórum para sesionar será de tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría.

La legislación actual establece una descripción genérica de conductas infractoras y prohibiciones, en tanto, las decisiones del TDLC, van resultando vinculantes como verdaderos precedentes, para determinar las conductas atentatorias.

Las modificaciones que ha sufrido este sistema han sido menores, desde que fue refundida y sistematizada por el DFL 1 de 2005 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. Lo más destacable es la Ley 20.361 de julio de 2009, que fortalece la independencia del TDLC, e introduce la figura de la “*delación compensada*”, además de aumentar las multas a aplicar y otorgar amplias facultades investigativas a la FNE. La última modificación se produce con la Ley 20.945 de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Como ya dijimos precedentemente, el TDLC tiene naturaleza de órgano jurisdiccional, y como tal es independiente y especial. Se encuentra sujeto a la Corte Suprema, que fiscaliza su actuar. Su función es resolver los conflictos de relevancia jurídica en los que se vean afectados los intereses económicos de la libre competencia, por lo que puede prevenir, corregir y sancionar los atentados a ella. Tiene su sede en Santiago y debe sesionar al menos tres veces por semana, funcionando en forma permanente.

En cuanto a su naturaleza dentro del derecho procesal, entendiendo que dentro de este pueden distinguirse diversas esferas según sea el tipo de conflicto (Ríos, 2016, *passim*). Así, si el conflicto involucra a normas constitucionales, estaremos en la ***esfera del proceso constitucional***; si el conflicto se genera entre el Estado, actuando en calidad de autoridad, y uno o más particulares, estaremos en la ***esfera del proceso administrativo***, que no debe ser confundido con el procedimiento administrativo, y que ha sido denominado comúnmente *contencioso administrativo* o *justicia administrativa*, y en ella hemos de incluir los conflictos generados al nivel de las diversas Cortes internacionales de justicia, porque el conflicto es entre un Estado y un particular afectado; si el conflicto es entre particulares, estaremos en la ***esfera del proceso ordinario***, que, según sea la materia, acepta las ya difundidas clasificaciones de derecho procesal civil y comercial, de familia, del trabajo; y si el conflicto se genera entre la sociedad y uno o más particulares, estaremos en la ***esfera del proceso sancionatorio***, que comprende el proceso penal, pero también otros procesos en que se impone una sanción al individuo por su conducta, y que otros autores han intentado incorporar a áreas contencioso-administrativas, tal es el caso de los procesos por daño ambiental, y las que nos interesan, las conductas que atentan contra la competencia económica.

Según su art. 20, el procedimiento infraccional es público, esencialmente escrito, con impulso procesal de oficio hasta la resolución definitiva, siéndole aplicable supletoriamente las normas del CPC, libros II y III en lo que correspondan. El procedimiento puede iniciar por requerimiento de la FNE o demanda particular, de la que se dará traslado por 15 días para contestar lo que se estime pertinente, luego se llama a las partes a conciliación, y de no producirse se abre término probatorio de 20 días, al final de los cuales se lleva a cabo la vista de la causa, oyendo los alegatos de las partes (a través de sus abogados) que se anoten para ello. La sentencia se debe dictar dentro de 45 días, contados desde que la causa quede en estado de fallo. La ejecución de las resoluciones corresponde al mismo TDLC, que cuenta para ello con todas las atribuciones propias de un tribunal de justicia.

Las multas que imponga el TDLC deben pagarse dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, los que han de computarse desde que quede firme la resolución que las imponga. Si el afectado no acredita el pago dentro del referido plazo, el tribunal podrá apremiarlo (de oficio o a petición de parte) del modo establecido en el art. 543 del CPC.

Por último, cabe señalar que la modificación del año 2016, dotó de competencia al TDLC para el conocimiento de las demandas de indemnización de perjuicios que antiguamente debían ser presentadas por separado en un juzgado de letras civil en juicio sumario.

La Fiscalía Nacional Económica

Se trata de un servicio público con personalidad jurídica y patrimonio propios, de naturaleza descentralizada, que goza de cierta independencia respecto de todo organismo o servicio, a pesar de estar sometida a la vigilancia del Presidente de la República, relacionándose con éste a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Su principal función es investigar todo hecho (acto o convención) que atente contra la competencia económica en los mercados (entendiéndose que la impida, elimine, restrinja o entorpezca). Cuando corresponda por ley, debe poner en conocimiento al TDLC del resultado de sus investigaciones, para que este último, en ejercicio de sus atribuciones, resuelva la situación, adoptando las medidas adecuadas para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados y sancionando a los culpables.

La Fiscalía tiene domicilio principal en Santiago. Se encuentra dirigida por el Fiscal Nacional Económico, nombrado por el Sistema de Alta Dirección Pública, cargo que es de exclusiva confianza del Presidente de la República. Al ser la máxima autoridad de la entidad, compete al Fiscal Nacional Económico la representación judicial y extrajudicial del servicio, además de representar el interés general de la colectividad en aras de proteger el orden público económico.

Para el cumplimiento de sus objetivos, la Fiscalía puede: **1º)** Instruir las investigaciones que considere procedentes para la comprobación de infracciones a la ley; para ello, cuentan con facultades sobre la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile; y puede disponer la reserva o confidencialidad de ciertas actuaciones del expediente, con fines protectores; **2º)** Actuar como parte, representando el interés público económico, ante el TDLC y los tribunales de justicia, tanto en asuntos infraccionales como de consulta, exceptuándose las investigaciones criminales; **3º)** Solicitar al TDLC que ejerza sus atribuciones y/o que adopte medidas preventivas; **4º)** Velar por el estricto cumplimiento de las resoluciones (fallos, decisiones, dictámenes o instrucciones) del TDLC y de la Judicatura ordinaria; **5º)** Informar cuando el TDLC lo solicite en todas las causas en que no sea parte; **6º)** Solicitar a funcionarios de organismos y servicios públicos, empresas, entidades en que el Estado tenga aporte, representación o participación, su colaboración para desempeñar sus funciones; **7º)** Requerir de cualquiera de los señalados en el número anterior, que ponga a su disposición los antecedentes necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir; **8º)** Solicitar las informaciones y antecedentes que estime necesarios respecto de los particulares; **9º)** Pedir declaración por escrito a todos quienes pudieren tener conocimiento de los hechos que investiga; y **10º)** Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos.

En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de colusión, la FNE puede (previa solicitud al TDLC y autorización del Ministro de Corte pertinentes), que Carabineros o la Policía de Investigaciones: ingresen a recintos públicos o privados, con facultades de allanamiento y descerrajamiento; registrar e incautar todo lo que permita acreditar la existencia de la infracción; y disponer interceptación de toda clase de comunicaciones. Para ello, el Ministro de Corte de Apelaciones debe verificar la existencia de la antecedentes previos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión.

Figuras contrarias a una “sana competencia económica”

Atendido a que “libre competencia” y “competencia desleal” se encuentran reguladas en cuerpos legales distintos, nos encontraremos con dos grupos de conductas que atentan contra un mismo bien jurídico protegido, con lo que surgen luego las superposiciones de conductas y de competencias, pues existen diversos procedimientos para uno y otro caso.

Conductas que atentan contra la “libre competencia”

La normativa establece una conducta que la doctrina suele denominar *residual* o *genérica*, pues se trata de condenar todo acto que impida o que atente contra la libre competencia. En virtud de

esta “puerta abierta”, es que resulta de suma importancia el estudio de las sentencias (de la Comisión Resolutiva primero y del TDLC luego) que determinan qué conductas se entienden atentatorias contra la libre competencia, estableciendo de este modo el modelo del precedente obligatorio en este tipo de materias.

Tras esa genérica causal, siguen las conductas que están expresamente detalladas por el legislador: el abuso de la posición monopólica y el abuso de la posición dominante, la colusión o cartel, y la competencia desleal. Veamos cada una de ellas.

El monopolio indica que existe un único oferente de bienes o servicios en el mercado, y *per se* no es una figura atentatoria a la sana competencia económica, como se había venido entendiendo antaño. De esta manera, se permite la existencia de monopolios naturales y de monopolios regulados mediante el sistema tarifado. Por ende, lo que atenta contra el mercado y la economía (pues en estricto rigor, no puede hablarse de competencia cuando estamos en presencia de un monopolio), es el abuso de la posición monopólica, que es la misma figura que opera en el abuso de la posición dominante, solo que la diferencia es que aquí no hay competidores.

Por su parte, la posición dominante puede generarse por la existencia de oligopolios o duopolios, es decir, una estructura de mercado en que dos o más agentes concentran un porcentaje significativo de la oferta, y es su abuso lo que se sanciona (Morales y Zavala, 2013, p. 142).

En ambos casos entonces, lo reprochable es la explotación abusiva por parte del o de los agentes económicos, de su posición en el mercado (monopolio, duopolio, oligopolio), que los lleva a fijar e imponer precios y condiciones desfavorables a los consumidores.

En el caso del *cartel* o *colusión*, que suele ser definido como aquella situación en la que un conjunto de empresas acuerda entre sí, no competir entre ellas para aumentar sus beneficios conjuntamente, aumento que puede producirse a través de diferentes formas como la fijación de precios, los acuerdos en la paralización o reducción de cantidades de producción, o la asignación de zonas o cuotas de mercado entre otros (Hermosilla, 2018, p. 14). Estos acuerdos pueden ser expresos o tácitos, y deben necesariamente conferir poder sobre el mercado a los involucrados.

Finalmente, tenemos la competencia desleal como conducta que atenta expresamente contra la libre competencia, la que detallamos a continuación, sin perjuicio de enunciar que puede darse por la imposición de barreras de acceso al mercado a nuevos competidores o el manejo de precios predatorios que tienden a desincentivar a los competidores.

La última modificación legislativa de 2016 incorporó una nueva conducta prohibida: la participación simultánea de una misma persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí (Yrarrázaval, 2018, p. 117).

Conductas que constituyen “competencia desleal”

Capitant, citado por Contreras, define la competencia desleal como un delito (civil o penal) que consiste en que una persona cuya actividad o profesión implique tener clientela, quite a otra de la misma actividad o profesión, todo o parte de su clientela mediante actos lesivos contrarios a los principios de honestidad (Contreras, 2012, p. 29). Se trata de un ilícito objetivo, institucional, de peligro y de mercado.

Al igual que en el caso anterior, la normativa comienza con un tipo genérico de conducta reprochable, que viene siendo *todo acto o conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres, que por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado*. Vemos que posee elementos subjetivos como buena fe y buenas costumbres, por lo que, al igual que en el caso anterior, es de utilidad el estudio jurisprudencial, pero con la gran diferencia de que aquí no opera el sistema de precedente, pues la sentencia emana de los tribunales ordinarios de justicia (juzgados de letras).

Se entiende para estos efectos que, la “lealtad” exigida por la ley es para con la economía misma, no para con los competidores rivales, considerando que la finalidad última de los

mercados es una asignación eficiente de los escasos recursos para satisfacer las necesidades de la sociedad. Si se quiere, se trata de ser “leal al Orden Público Económico” (González, 2014, p. 193).

Las conductas expresamente tipificadas son: aprovechamiento de la reputación ajena, actos de engaño o de uso de información falsa o inductiva a error, desacreditación de la reputación de la competencia, discriminación de agentes (en razón de nacionalidad, creencias, ideologías, vida privada o cualquier circunstancia que no diga relación con la calidad del bien o servicio), publicidad comparativa desleal o no veraz ni demostrable, inducir al incumplimiento de contratos, ejercicio abusivo de acciones judiciales (con el fin de entorpecer la operación del agente en el mercado), imposición de condiciones de contratación destinadas a obtener ventajas sobre el resto de los competidores (atenta contra la *par conditio*), y la imposición de cláusulas contractuales abusivas (Morales y Zavala, 2013, p. 142; e Yrarrázaval, 2018, p. 177).

Algunas de estas figuras se encontraban ya recogidas por los precedentes de la Comisión Resolutiva y del TDLC, pero en ciertos casos su positivización resulta en un acierto, desde que existen criterios dispares entre lo que sostiene el TDLC y lo que indica la Corte Suprema. Tal fue el caso de la causal de *ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales*, conducta que perseguía la finalidad de entorpecer la operación de un agente en el mercado (Bustamante y Urrutia, 2014, pp. 51-60). Esta causal fue establecida por el TDLC como conducta atentatoria de la libre competencia, pero la Corte Suprema sostenía lo contrario, con lo cual su expresa inclusión legal como causal permite avanzar en la protección del bien jurídico.

Problemas de la falta de integración normativa

Hemos podido comprobar que la normativa sobre “libre competencia” y la que dice relación con la “competencia desleal”, obedecen a una misma parcela jurídica, aquella que se encarga de regular la competencia económica del país. La primera obliga a los participantes en el mercado a competir, y la segunda pone límites a esa competencia, impidiendo que se desarrolle en forma abusiva, todo ello con un mismo fin: proteger una economía de mercado abierta al comercio internacional, bien jurídico que hemos dado en llamar “sana competencia económica”.

El problema de tratar ambos temas por separado ha generado una serie de inconvenientes que pasamos a detallar a continuación.

Primero, el problema de la competencia jurisdiccional de superposición de órganos judiciales con facultades para conocer de un mismo hecho. Esto se produce porque por un lado, tenemos al TDLC, que ha sido instituido como órgano jurisdiccional especializado, que se compone por un equipo multidisciplinario de magistrados provenientes del mundo del derecho y del mundo de la economía, por lo que sus pronunciamientos tendrán el suficiente nivel técnico sin descuidar el nivel jurídico que requiere cada asunto que es sometido a su conocimiento. Por el otro lado, la normativa sobre competencia desleal, en vez de entregar el conocimiento de las conductas que generan infracción a dicha normativa al órgano especializado ya existente que es el TDLC, hace radicar el conocimiento de tales asuntos a la judicatura ordinaria: los juzgados de letras civiles, con lo que se pretende descentralizar la tutela judicial de tales asuntos, pero el costo que se paga es que se recarga a los juzgados que tienen la mayor carga de causas, por lo que no cuentan con los medios ni con el tiempo para especializarse en materias de competencia económica, por lo que sustituye el conocimiento especializado por uno que no lo tendrá y que requerirá informes de peritos economistas en las causas más complicadas.

Luego, derivado de lo mismo, es posible que se generen diferentes fenómenos procesales precisamente por la coexistencia de dos tipos de órganos judiciales capaces de conocer de los mismos hechos. Entre esos problemas procesales podemos mencionar contiendas de competencia (jurisdiccional), cuestiones de competencia (jurisdiccional), litispendencia, cosa juzgada, y atentado contra la regla del *bis in ídem*. Todos estos problemas se pueden reducir a uno: la infracción al principio de economía procesal.

Conclusiones

La “sana competencia económica”, es el sistema de libre mercado, que implica una situación ideal en la que sólo la oferta y la demanda influyen en la fijación de los precios de los bienes y servicios, siendo aquellos los únicos factores sin intervención estatal ni conductas desleales de algunos agentes de mercado. No obstante, la liberación comercial se muestra como insuficiente por sí sola, para promover esta sana competencia económica, necesitando entonces una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas y restrinja las conductas desleales.

De manera tal que, para asegurar una competencia exenta de distorsiones, que sea leal y justa, es necesario fijar unas reglas de juego específicas para cada escenario; y contar con una institucionalización sólida e independiente, que cuente con los poderes y facultades suficientes para identificar, investigar, determinar y sancionar las conductas atentatorias.

En síntesis, las políticas de competencia tienen cuatro concretas funciones, y que son, a saber, las siguientes: 1) facilitar la entrada al mercado a nuevos competidores; 2) tutelar la competencia económica y protegerla de las prácticas desleales de sus agentes; 3) fomentar la eficiencia de los agentes económicos competidores; y 4) obtener de esta manera el bienestar de los consumidores.

Referencias

- Agüero, F. (2016): “El Derecho de la Competencia a los ojos del Derecho Administrativo”, en *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, Editores Ferrada, Bermúdez y Urrutia. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 371-389.
- Bustamante, J.M. y Urrutia, E. (2014): “Competencia desleal: inducción al incumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica: Mercado de Valores y Derecho de Competencia*, VV.AA. Santiago: Legal Publishing, pp. 51-60.
- Cassagne, J.C. (2016): *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*. Madrid: Reus.
- Centro de Libre Competencia UC (s/d): “El Derecho de la Competencia en Chile”. Santiago: s/d.
- Contreras, O. (2012): *La Competencia Desleal y el deber de corrección en la Ley chilena*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- González, M.A. (2014): “Ley 20.169, que regula la competencia desleal. Aspectos generales”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica: Mercado de Valores y Derecho de Competencia*, VV.AA. Santiago: Legal Publishing, pp. 187-198.
- Hermosilla, F. (2018): *La Colusión en la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Hammurabi.
- Menchaca, T. (2014): “Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley N° 20.169. ¿Existe contradicción entre ambas disciplinas?”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica: Mercado de Valores y Derecho de Competencia*, VV.AA. Santiago: Legal Publishing, pp. 221-228.
- Miranda, A. y Gutiérrez, J.D. (2007): “Historia del Derecho de la Competencia”, en *Revista Boliviana de Derecho* N° 3. Santa Cruz: Fundación Iuris Tantum, pp. 215-267.
- Morales, J. y Zavala, J.L. (2013): *Derecho Económico*, 5ª ed. Santiago: Legal Publishing.
- Pereira, E. (2007): “Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización”, en *Derecho y Humanidades* N° 13, ISSN 0719-2517. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 157-171.
- Real Academia de la Lengua Española (2001) *Diccionario de la Lengua Española* (22ª ed.). Madrid: Espasa Calpe.

- Ríos, L.P. (2016): "El Contencioso Administrativo en Chile. Panorama Actual", Ponencia realizada en el *I Congreso Iberoamericano y Peruano de Derecho Procesal Garantista* organizado por Clidepro, Lima, Perú, Septiembre de 2016.
- Ruiz-Tagle, C. (2018): *Curso de Derecho Económico*, 3ª ed. Santiago: Librotecnia.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2011): *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters Puntotext.
- Yrarrázaval, A. (2018): *Manual de Derecho Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.